

■比较法

论加拿大的司法审查制度

徐亚文¹, 李 玲²

(1. 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072; 2. 武汉大学 政治与公共管理学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 徐亚文(1966-), 男, 浙江天台人, 武汉大学法学院法律系副教授, 法学博士, 主要从事法哲学、宪法学研究; 李 玲(1966-), 女, 湖北武汉人, 武汉大学政治与公共管理学院思想政治教育系副教授, 主要从事国际经济法、比较法研究。

[摘 要] 加拿大司法审查制度源于殖民地时代, 英国宪法学者戴雪的邦联主义理论和 1982 年加拿大《宪法法案》构成了加拿大司法审查制度的理论基础和宪法依据。审理上诉案件和提供司法建议是加拿大司法审查活动的主要手段, 司法审查活动本身也受到加拿大议会的约束。

[关键词] 加拿大; 宪法制度; 司法审查制度

[中图分类号] D921 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)03-0419-06

一、加拿大司法审查制度的历史渊源

在加拿大, 司法审查活动作为“法院判定由成文法或普通法授予的、由公共机关行使的权力是否合法的过程”^[1](P. 122), 其历史可以上溯到殖民地时代。当时, 英国议会既是本国立法机关, 也是大英帝国立法机关。而在加拿大适用的英国法律有两类: 其一, 在英国生效、被加拿大选择适用的英国法律; 加拿大修改、选择适用这些成文法, 以避免“法律真空”。其二, 英国议会为处理殖民地事务而专门颁布的“帝国法律”。它们是大英帝国贯彻自己意志、决定殖民地权力机关权限的手段, 加拿大无权修改这些法律。根据 1865 年《殖民地的法律生效法案》的解释, 如果殖民地颁布的法律同“帝国法律”冲突, 就归于无效。加拿大议会只可颁布与大不列颠联合王国 1865 年制定的《殖民地法律生效法案》、1867 年制定的《加拿大法案》和 1931 年制定的《威斯敏斯特令》一致的法律、法令和条例, 立法权十分有限。

为了保证加拿大的立法与大英帝国法律的一致性, 英国女王及其枢密院对加拿大实行双重控制: 对加拿大法院的判决行使司法终审权和对加拿大议会的法案行使驳回权。终审权和驳回权的差别在于: 其一, 法案从驳回之日起无效, 但案件适用的法律一旦被枢密院判定为无效, 该法案自颁布之日起就没有法律效力。其二, 驳回法案的方法众多, 而审判案件是司法程序, 律师介入案件处理。其三, 驳回法案是政治活动, 案件终审是法律活动。由于英国枢密院对加拿大法院的司法终审活动有效地限制了加拿大议会的立法权限, 女王对加拿大联邦议会的法案的驳回权在 1930 年停止了使用。加拿大的宪法研究者认为, 驳回权的萎缩是加拿大司法审查制度的福音, 因为驳回权只能够在联邦法案通过后 2 年内行使, 而宪法问题往往不会在短时期内暴露; 驳回权只能针对法律, 对于联邦和省政府的法规没有效力; 公民可诉诸法院, 启动司法程序, 要求宣布法案无效, 而驳回权的行使与公民个人的诉求无关。比较

而言,司法审查制度更具根本性、直接性和权威性^[2](P.21-22)。具体来说,在加拿大联邦成立(1867年)以前,英国枢密院和加拿大各省法院依据不列颠议会颁布的法律,对省立法会议的立法予以审查。在加拿大联邦成立以后,依据《加拿大法案》第 129 条,加拿大最高法院和省法院继续行使司法审查权。

二、加拿大法院行使司法审查权的理论基础与宪法依据

英国的议会主权理论与戴雪的邦联主义理论对加拿大法院司法审查权的支撑作用各不相同。

英国的议会主权理论是随着 17 世纪英国议会成为国家权力的实际拥有者而诞生的。1688 年英国的《权利法案》声称:“自由的言论和争论、或议会程序不得在任何法院或议会之外受到控告或质疑,”法院的权力不能及于议会。英国宪法学家戴雪(A. V. Dicey)对议会主权理论的经典解释既进一步说明了英国议会主权的实质:“议会可以制定或不制定任何法律”^[3](P.40),又说明了议会与法院的关系:“英国法官不主张或去行使任何权力以废除成文法。同时,议会的法案也会毫不理会法官的立法——判例。简单说来,司法权是从属的权力,它必须在议会的同意和监督下行使。”^[3](P.60-61)。而英国议会主权的显著特点就是“任何司法的或别的废除议会立法、宣布议会法律无效或违宪的权力均不存在”^[3](P.91)。由于英国人相信议会领导人是负责任的、自我约束的,限制议会立法种类就没有必要。因此,英国议会几乎可以改变所有法律。英国人也相信,维护人权的有效手段是舆论和传统,而不是法官和法院。

但对殖民地的立法机构,议会主权理论就不起作用了。按 1867 年《加拿大法案》宣言的说法,加拿大是“按照与联合王国的原则相似的宪法”建立的自治领。但是,这时的加拿大政府和议会,与其说是国家机关,还不如说是自治性社团或股份公司的董事会、股东会。按照戴雪的观点,在大英帝国内部,不同层次的立法机关的关系如同股份公司内部一样,受到创制它的公司章程的约束。在他看来,此时的印度、澳大利亚、加拿大的议会都是下属的立法机构,它们与伦敦之间的权力差异“不在于程度上,而在于种类上。它们的权力来源于联合王国主权的议会的权威”^[3](P.151)。因此,如同法院可以取消公司越权制定的内部规定一样,英国法院同样可以宣布自治领立法机构的立法无效。受戴雪的邦联主义理论的影响,加拿大的法官认为,既然加拿大议会可以在帝国法律的范围内制定法律,这必然涉及对加拿大法律有效性的审查,这种权力就在法院。显然,在加拿大殖民时代,司法审查制度的理论基础是戴雪的邦联主义理论,并不是议会主权理论。

具体到司法审查的宪法依据上,加拿大最高法院认为:其一,1982 年加拿大《宪法法案》生效后,其导言部分提到了法治,“鉴于加拿大奠基于对上帝和法治至高无上的认知原则上”,这既是司法独立的宪法依据,也是法院有权行使司法审查权的依据。因为如果立法或行政机构的违宪行为不能够在法院受到挑战,法治就不可能实现。保证通过法院来检验法律的合宪性,和保证通过法院来检验公共权力机关行为的合宪性,都是法治的原则立场。其二,《宪法法案》第 52 条第 1 款宣布:加拿大宪法是“加拿大的最高法,任何与本法条款抵触的法律,在抵触的范围内,均没有法律效力”。而发现违宪的法律并宣布它无效是法院的职责,任何立法或行政机构试图限制法院的这种权力的努力本身就是违宪举动。以上两点,奠定了加拿大司法审查制度的宪法基石。

三、司法审查的种类及其审查技术

1. 维护联邦制度的司法审查与维护人权的司法审查

以维护联邦制度为目的司法审查,其依据主要是《加拿大法案》第 91、92 条。《加拿大法案》第 91 条规定了联邦议会的立法权限,共 29 项;第 92 条规定了省立法会议的权限,共 16 项。由于这两部分立法权力互不相容,矛盾不可避免。法院作为中立的裁判者,以宪法中存在的权力分工原则为依据,对争端做出独立的判断,构成了联邦制国家司法审查制度的存在理由。其司法技术是:以联邦和各省的立法分

工为依据,对立法机构立法的有效性做出决定,宣布越权的法律无效。例如,1869年新不伦瑞克省最高法院在 R v. Chandler 案中、1870年魁北克巡回法院在 L' Union St-Jacques de Montreal v. Bèlisle 案中、1876年新斯科舍省最高法院在 Keefe v. McLennan 案中,均宣布过本省立法机构的法案无效,因为它们规定了破产、贸易与商业这些联邦事务。在《加拿大人权与自由宪章》没有颁布之前,法院也采取这种司法技术审理人权案件。例如,1938年,阿尔伯塔省和魁北克省立法机构通过法律,要求报业人士刊载批评政府政策的文章后,必须回应政府的要求。加拿大最高法院宣布这种限制公民表达自由的法律无效,因为言论自由超出了省立法机构的权限。但这种司法审查技术的局限性也是十分明显的,因为人们可以追问:难道联邦议会颁布限制公民自由的法律就是有效的吗?

以维护人权为目的的司法审查,主要体现在1982年《加拿大人权与自由宪章》之中。《宪章》规定了加拿大公民享有的基本自由、民主权利、迁徙权利、法律权利、平等权利、官方语言、少数语言的教育权利等,是加拿大的人权保障书。《宪章》颁布后,加拿大议会的权力受到限制,与《宪章》的价值、原则、规范不一致的立法没有法律效力。在司法技术上,有的宪法学家认为,《宪章》只使司法审查的范围得到扩展,并没有为司法审查提供新的观念和技术^[2](P.64)。

从学理上看,在加拿大,司法审查的形式与一般的案件审判并没有很大差异。法官对宪法的内容予以阐述,犹如在民事审判时阐述法律、契约、遗嘱一样。但由于大多数宪法规范高度抽象,条文所规范的政府活动的潜在空间巨大,且社会变动不居,比起其它法律领域,法院对宪法问题的裁判的自由度极大。因此,按照加拿大法律界的一般观点,法院一般不应该对法案本身的公正性发表意见,更不得以立法取代已经颁布的法律。议会立法是否超越权限是加拿大司法审查技术的重要尺度。

2. 司法判决与司法建议

加拿大最高法院的司法审查通过审理上诉案件和提供司法建议体现出来。

(1) 审理上诉案件

加拿大最高法院取代英国枢密院司法委员会成为加拿大的终审法院,意味着最高法院继承了司法委员会的职能,可以受理来自加拿大各省高等法院上诉庭、省上诉法院或联邦法院上诉庭的案件。加拿大最高法院的巨大权力使独立的10个省份的法院存在于同一的、全国性的法制体系之中,而不论这些法院以何种法律渊源为司法依据。从理论上讲,在处理上诉案件时,最高法院可以适用宪法、联邦法,也可以适用各省的法律。但实际上,加拿大最高法院不能容忍不同省份的普通法的差异,而是依据自己对普通法的理解、判断来处理上诉案件。加拿大最高法院的这种做法实际上使普通法在各省统一起来。

从案件来源上看,加拿大最高法院处理的案件均为各省高等法院上诉庭、省上诉法院或联邦法院上诉庭的上诉案件,为第三审案件。从案件种类上看,这些上诉案件涉及省法、联邦法或宪法,但案件只分为民事案件和刑事案件两类,并无纯粹的宪法案件。从上诉提起程序上看,有些案件需要各省高等法院上诉庭、省上诉法院或联邦法院上诉庭的上诉许可才能被最高法院受理,有的案件则无须许可。

在民事案件方面,要破解加拿大最高法院受理上诉案件的标准并不是件轻而易举的事情。在1975年以前,最高法院都是依据法律规定受理上诉案件的,例如,由于按照争议的数额决定案件的管辖,一个10 000加元的诉讼案就可以最终上诉到最高法院。20世纪80年代以后,最高法院进行了改革,只有引起“公共重要性”的案件才可以交到最高法院诉讼,且案件上诉要得到各省高等法院上诉庭、省上诉法院或联邦法院上诉庭的许可。现在,能够有把握被最高法院受理的、具有“公共重要性”的上诉案件,一般是要能够引起宪法意义上的、民事意义上的自由权的争议;或是涉及重要的联邦法律的案件;或是通过上诉审理,能够起到补充其它省份法律缺陷的案件;或是涉及普通法某一要点的案件;或是具有代表性的遗嘱、契约。

加拿大刑事案件的审判权在联邦,1985年后,加拿大联邦《刑法典》授权各省法院审理刑事案件。刑事被告人上诉是一项法定权利,上诉的理由是法院判决存在“法律问题”。至于“法律问题”的内涵与外延究竟有多大,加拿大并无判例可供归纳。被告人直接向加拿大最高法院上诉的情形各有不同。一种是无须二审法院许可,被告人就可以上诉,如主审法官在判决中阐述了不同意见,这就是“法律问题”。

一种是需要二审法院许可,被告人才可以上诉,如即席判决。

(2) 提供司法建议

与美国联邦最高法院、澳大利亚最高法院拒绝对政府提供咨询、建议的做法不同的是,在审理案件之外,加拿大最高法院还向联邦政府提供与案件有关的“建议性的观点”。从历史上看,这种司法建议源于英国国王的枢密院司法委员会向国王提出司法咨询意见的做法。最高法院的观点均只涉及联邦法律、省级法律中的宪法问题,尽管没有法律效力,而只有宪法惯例上的意义,但对联邦政府和省政府均有相当的政治约束力。例如,在 1996 年,加拿大司法部长就宣布了加拿大最高法院的建议,该建议包含了与魁北克行使从加拿大分离出去的权力有关的 3 个问题。该司法建议的宣布对魁北克分离运动构成了不小的打击。根据统计,在 1867 年至 1966 年的百年间,共有 197 件宪法案件上诉到英国枢密院和之后的加拿大最高法院,其中有 68 件属于对联邦政府提出的宪法问题的答复;在 1967 年至 1986 年间,有 155 件宪法案件到达最高法院,其中 23 件由最高法院以司法建议的形式作了答复^[2](P.311)。这些司法建议是加拿大最高法院依据加拿大《最高法院法案》第 53 条的规定做出的。该条款规定:“总督的内阁应听取、考虑法院对重要的法律或事实问题的建议。”就这点来看,只有加拿大内阁以总督的名义才能够要求最高法院做出司法建议,这属于内阁的特权。但是,如果最高法院认为时机不成熟、或无实际意义、或不是法律问题、或被提的问题很含糊,它有时也会拒绝提供司法建议。

司法建议作为最高法院支持行政机构的方法,具有两重性。从有利的一面看,政府在获得司法建议后,掌握了立法的主动权,在一定程度上降低了违宪案件的发生率。司法建议公布后,对试图提起宪法诉讼的公民也是一个震动,他会考虑最高法院司法建议的内容,权衡诉讼成本。因此,司法建议是司法审查之外的解决宪法问题的手段。但其不利的一面也十分明显:它鼓励法院从理论抽象和推测而不是从争议双方的事实中得出法律结论;鼓励法院用非裁决的方法处理问题。

四、立法机构对司法审查的制约

1931 年加拿大完全独立以后,大英帝国的立法体系瓦解,戴雪的邦联主义理论随之失去价值。随后的加拿大部分宪政理论认为:一方面,尽管维护联邦制度和人权是议会的责任,但加拿大的议会又与享有“议会主权”的英国议会不一样,并不是最高立法机关,而要受到外部限制;但另一方面,如同议会主权不是绝对的一样,司法审查权的行使也应受到限制,其根本的原因就在于民主,既然立法机关是人民直接选举产生的,无论如何,它总能够在一定程度上代表人民的意愿。由一个实行任命制的法院对实行选举制的议会的立法实行司法审查,确立其合宪性,这种做法的正统性多少令人怀疑。在加拿大,这种质疑和反驳主要集中在以下几个方面^[2](P.35-58)。

其一,批评者认为:由于法官的职业保障,不论他们在被任命时代表他们所属的哪个社会,但长期的养尊处优,使他们早已与普通大众隔绝,这种代表性也已终止。但赞成者认为,正是法官的不可轻易更换,造就了法官不会对公众变化无常的观点随波逐流。他们会忠实地捍卫成文法、普通法乃至宪法中的根本原则。

其二,批评者认为:司法审查以法官的价值标准取代法律原则,是在进行立法过程中才有的价值判断。但司法过程不是政策和法律的制定过程,不应包含价值判断。而赞成者认定:对联邦体制而言,司法审查是一种必要的“恶行”。例如,在对联邦主义的保护上,由于时过境迁,联邦主义的内涵已经发生了很多变化,原有的法律已不再适应社会,这就需要法院运用新的价值标准在宪法层面上予以重新阐释。

其三,批评者认为:立法通过的权利法案常包含“平等保护”、“正当程序”、“言论自由”、“迅速审判”、“酷刑”等字眼,它们在宪法中一般无法精确定义。一旦案件出现在法官面前,法官就得赋予其特定语言环境下的含义。而法官对宪法的释义,既没有宪法上的授权,又常推翻前例,有时更与立法机构的本意冲突,损害了铭记在宪法中的权利与自由,造成立法权转移到法官手中,导致法官立法。但赞同司法审查的观点认为:即使在司法能动主义的影响下,司法审查也是零星的、偶尔的。法官只能对出现在法庭

上的案件“立法”,这些个案不是社会一般的经济、社会问题,且判决只对当事人有约束力,只在司法系统内重复考虑和改进。对没有进入司法程序的社会事件,司法审查无能为力。

其四,批评者认为:对个人或群体权利的司法保护损害了民主社会的多数统治原则,违背多数人的意愿。例如,如果要将法院的有些民权判决刊载于报章,大多数人会不同意法官的观点。可是,赞同司法审查的加拿大宪法学者同样发出质疑:在一个民主社会里,也并不是所有重要决定和立法在任何时候都反映大多数人的愿望。在多党制国家,民主投票制度一般可以使多数拥护的候选人当选,但加拿大任命制的参议院拥有与下议院平等的立法权,这难道也是多数人的统治?以公众的态度为尺度决定政策和判决的做法实际上令人怀疑。

其五,批评者认为:与立法、行政过程相比,对普通大众而言,通过司法审查对个人权利的保护的过程是缓慢的、昂贵的,令人望而却步。如果司法审查不能够为案件提供理想的解决方案,就毫无益处。但赞成者认为:司法审查是权利救济的最后手段,对那些没有受到政治系统关注的边缘群体而言,它是权利救济的特别安全的保障。人们也可以做一个比较:1982年以来,议会每年一长串的议程究竟有多少涉及宪法实施;而在同一时间,汗牛充栋的司法审查决定给宪法的实现带来的影响却是如此深远。对于已经意识到的权利问题的关注,法院要比议会更加灵敏。

这些争论,难分伯仲。反映在实践中,就是立法机构对法院司法审查的限制,这表明了司法审查的相对性。概括起来,联邦议会控制司法审查活动的方法主要有:

1. 为法院设定权限

加拿大的法院系统是依据1867年《加拿大法案》由加拿大议会建立起来的。一般而言,任何法院均可以审理宪法案件。但问题是,加拿大1982年宪法重要部分的《加拿大人权与自由宪章》颁布后,法院的权限实际上受到了限制。其第二十四条第一款规定:“任何人,一旦其受本法保障的权利或自由遭到侵害或否认,均可到有相应权能的法院,获得法院认为是适当的、相应的补救。”第二款规定:“在依据第一条的审理过程中,法院认定,证据是以侵害或否定任何受本法保障的权利和自由的手段取得,在考虑所有的环节后,如果采纳该证据会使司法蒙受耻辱,该证据就应被排除。”加拿大最高法院认为:这一条款是法院对涉及《加拿大人权与自由宪章》的案件具有司法审查权的依据,是法院司法审查范围扩展的体现。但是,加拿大法律界大多数人并不认同这一说法。他们的理解是:与其说这一条是关于任何法院有权对与《宪章》抵触的立法、行政行为采取司法审查的规定,还不如说是:法院可以受理这类案件,按证据规则对受害方予以形式上的、合理的救济。并且,这种救济只局限于《加拿大人权与自由宪章》。比如说,早在《加拿大人权与自由宪章》通过之前的1957年,新任总理德尔分贝克瑞(John Diefenbaker)呼吁修改宪法,为个人权利提供宪法保障。在各省拒绝这项提议后,他选择了制定联邦法律的方法。联邦政府在1960年通过了《加拿大权利法案》(Canadian Bill of Rights)。但法案只是联邦一般法律,不是宪法,不约束各省。因此,对于违反《加拿大权利法案》的法律,法院就无法行使违宪审查权。

2. 对司法审查的程序要求

政府对宪法诉讼案件的参与的重要性在司法审查产生之初就体现出来。在加拿大,凡是涉及到法律有效性的案件,首席检察官均要求被通知、并允许参加诉讼。如魁北克省在1882年通过了《促进王室对宪法、联邦法或省法受到质疑的民事案件的干预的法案》、安大略省在1883年通过了《关于促进本省法院更好司法的法案》对此均有规定。这种要求首席检察官参与宪法案件的审理的做法在1982年《加拿大人权与自由宪章》颁布后得到进一步巩固。典型的通知义务,如1984年萨斯喀彻温省《宪法问题法案》修正案第8条的规定:当萨斯喀彻温省的法院审理任何涉及宪法效力的案件时,“除非依据本法向加拿大首席检察官和萨斯喀彻温省首席检察官发出通知以后,法院方可判断法律的无效、不可适用,或给予相应救济。”加拿大首席检察官和萨斯喀彻温省首席检察官“有权从这时起,亲自或通过代理人参加诉讼,接受听证。”由此可以看出,司法审查的程序要求具有以下特征:其一,无论是审理对联邦法,还是对省法提出质疑的案件,法院均有通知义务。其二,尽管案件尚在审理之中,法院也必须通知加拿大首席检察官和省首席检察官。如果通知没有发出,法院就径直认定法律无效,那么该判决就越权。加拿大

最高法院的规则规定:当联邦法律在加拿大最高法院审理的案件中受到挑战时,法院需要通知加拿大首席检察官;当省法律受到挑战时,法院需要通知加拿大首席检察官和该省的首席检察官。这些规定包含的基本原理就是:面对法庭,宪政事务应该超越私人团体的利益。但也有的学者质疑通知首席检察官是司法审查的一般原则的说法,因为在其它的案件中,例如刑事案件,公诉人也必须在场。

总的说来,加拿大法院和立法机构之间的这种竞争合作关系表明了以维护联邦制度和保护人权为己任的加拿大司法审查制度承载了巨大的宪政功能。加拿大渐进型的宪政史的基本特征就是,政治纷争乃至国家独立均以政治协商和妥协为主要解决手段,而司法审查制度为政治纠纷的解决提供了一个最终的框架,联邦——省际的政治协商的议程和范围无不受到法院已有或将要做出的判决的深刻影响。在人权领域,在 1982 年以前,宪法保障的权利范围极其狭隘,只有语言权利、宗教学校的权利可以受到司法审查。1982 年《加拿大人权与自由宪章》颁布后,更广泛的权利受到司法保障,司法审查制度也在《宪章》中找到了正统性的依据,其范围得到极大扩展。同行政手段如人权委员会、调查专员相比,司法审查制度以其过程的便捷、经济、有效、结论的理性、清晰和确切而成为加拿大人权保障的重要手段。

[参 考 文 献]

- [1] MONAHAN, Patrick J. Constitutional Law [M]. Toronto: Irwin Law, 1997.
- [2] STRAYER, Barry L. The Canadian Constitution And The Courts, The Function and Scope of Judicial Review [M]. Toronto: Butterworths, 1988.
- [3] DICEY, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution [M]. London: Macmillan, 1959.

(责任编辑 车 英)

Study of Canadian Judicial Review

XU Ya-wen¹, LI Ling²

(1. Wuhan University law School, Wuhan 430072, Hubei, China;

2. School of Politics & Public Administration, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: XU Ya-wen (1966-), male, Associate professor, Doctor, Wuhan University Law School, majoring in jurisprudence and constitutional law; LI Ling (1966-), female, Associate professor, School of Politics & Public Administration, Wuhan University, majoring in international economic law and comparative law.

Abstract: Canadian judicial review was established in its colonial era. Its academic fundament is Dicey's theory of confederation, while its constitutional basis is Canadian constitution Act, 1982. The main methods of judicial review are hearing appeal cases and offering advisory opinions. Judicial review is also restricted by Canadian parliament.

Key words: Canada; constitutional system; judicial review